

# 1. WAS IST COMPLIANCE? – RELEVANZ FÜR GEMEINDEN – VIELSEITIGE MÖGLICHKEIT VON INTERESSENKONFLIKTEN

Der Begriff „Compliance“ ist sehr unscharf und kann wörtlich und im rechtlichen Kontext mit „Einhaltung“ oder „Beachtung der Gesetze“ übersetzt werden. Compliance wird mit **Rechtstreue und Regelkonformität** gleichgesetzt und stellt einen wichtigen Bestandteil für sämtliche Tätigkeiten in Unternehmen und der öffentlichen Hand dar. Compliance bedeutet daher kurzum die Einhaltung von gesetzlichen Vorschriften und organisatorischen Regeln. Es liegt grundsätzlich auf der Hand, dass jede Organisation ein Interesse daran hat, dass die gesetzlichen Regelungen und organisatorischen Vorgaben eingehalten werden. Dies ist vor allem in Hinblick auf die stetig wachsenden und immer umfangreicher werdenden Regulatorien eine Herausforderung und verlangt entsprechende Maßnahmen im Bereich der Prävention, um Strafbarkeitsrisiken zu reduzieren.<sup>1</sup>

Auf **Gemeindeebene** haben zunächst die oberen Organe ein besonderes Interesse an rechtskonformem Verhalten. Sie stehen in der Öffentlichkeit und werden – wie zuletzt immer häufiger zu beobachten war – medial schnell mit rechtswidrigem Verhalten in Verbindung gebracht. Aber auch Gemeinderäte bzw Gemeindevertreter und auch die Gemeindebediensteten sollten ein Interesse daran haben, sich „compliant“ zu verhalten. Für Gemeinderäte sind insbesondere iZm mit Vorwürfen wegen Amtsmissbrauchs (§ 302 StGB) oder dem Korruptionsstrafrecht (§§ 304 bis 308 StGB) schwerwiegende Folgen denkbar, da sie strafrechtlich als Beamte bzw Amtsträger anzusehen sind und daher als unmittelbare Täter der genannten Delikte in Frage kommen. Zudem drohen zahlreiche Risiken wegen Vermögensdelikten (etwa Untreue nach § 153 StGB oder Veruntreuung nach § 133 StGB), die auch Gemeinden treffen können. Gemeindebedienstete können außerdem bei pflichtwidrigem Verhalten mit disziplinarrechtlichen und arbeitsrechtlichen Folgen konfrontiert werden. Auch aus verwaltungsstrafrechtlicher Sicht lohnt sich die Auseinandersetzung mit den einschlägigen Normen und die Ergreifung präventiver Maßnahmen, da Gemeinden bzw deren Mitarbeiter mit einer Reihe von Verwaltungsmaterien konfrontiert sind und selbstverständlich auch die Verwaltungsvorschriften entsprechende Verwaltungsstrafbestimmungen vorsehen.

Die besondere Bedeutung von Compliance für Gemeinden ergibt sich aus den vielseitigen Möglichkeiten für **Interessenskonflikte** auf Gemeindeebene. Sei es bei der gemeindeinternen Finanzgebarung, bei der Abwicklung der Verfahren im Wirkungsbereich der Gemeinde, der Privatwirtschaftsverwaltung oder der Aufgabenerfüllung der Gemeindebediensteten – überall sind Vorschriften zu beachten und es können unterschiedliche bzw entgegengesetzte Interessen vorliegen.

<sup>1</sup> Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 1.1 ff.

## 1. Was ist Compliance?

### **Beispiele:**

Bspw treffen im Umwidmungsverfahren oftmals die Interessen des Liegenschaftseigentümers und die Planungsinteressen der Gemeinde oder des Landes aufeinander. Im Bauverfahren stehen sich regelmäßig Interessen des Bauwerbers und der Nachbarn gegenüber. Aber auch Bereiche, die nicht direkt mit dem Thema Compliance in Verbindung gebracht werden, können relevant sein. So können sich im Bereich der Grünpflege Konflikte mit dem Naturschutzrecht ergeben. Weiters hat die Gemeinde bei bestimmten Tätigkeiten die Vorschriften des Abfallwirtschaftsrechtes zu beachten. In diesen Bereichen treffen lokale (Gemeinde)Interessen auf die Interessen des Umweltschutzes. Im Bereich des Wirtschafts- und Korruptionsstrafrechts können letztlich private Interessen bzw Interessen Dritter (etwa Vorteilsgewährungen oder unrechtmäßige Bereicherungen) mit jenen der Gemeinde in Konflikt stehen und zu Strafbarkeitsrisiken führen.

Das Fundament jeglicher Compliance-Bemühungen ist das **materielle Recht**, sodass im Folgenden – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – einige „Klassiker“ des gerichtlichen Strafrechts und des Verwaltungsstrafrechts für Gemeinden skizziert werden, um im Anschluss auf die einzelnen Säulen eines Compliance-Management-Systems einzugehen.

Aufgrund der immer komplexer werdenden Regelungen und verschärften Strafdrohungen werden präventive Maßnahmen auch auf Gemeindeebene immer wichtiger. Konkret können die aus dem Unternehmensbereich bereits bekannten Instrumente der **Risikoanalyse**, des **Compliance-Leitfadens** und der **Mitarbeiterschulungen** taugliche Lösungen bieten, um rechtskonformes Verhalten in der Gemeindestruktur sicherzustellen. Dazu ist es wichtig, sich mit dem **Umgang mit Hinweisgebermeldungen** über potenziell rechtswidriges Verhalten auseinanderzusetzen und entsprechende Maßnahmen zu treffen. Neben den präventiven Maßnahmen sind ebenso die richtigen Handlungen nach **Einleitung eines Strafverfahrens** zu beachten. Dabei ist zwischen einem gerichtlichen Strafverfahren gemäß der StPO und einem Verwaltungsstrafverfahren nach dem VStG zu unterscheiden. Beide Verfahrensarten beinhalten Besonderheiten und verlangen nach einer durchdachten und vorausschauenden Verfahrensführung, die am Ende dieses Leitfadens skizziert werden.

## 2. STRAFBARKEITSRISIKEN NACH DEM STGB

### 2.1 Amts- und Korruptionsdelikte

#### 2.1.1 Allgemeines

**Korruptionsbekämpfung** stellt für Gemeinden ein zentrales Anliegen dar, um Integrität, Transparenz und das Vertrauen der Bürger in die lokale Verwaltung zu gewährleisten. Der Begriff „Korruption“ mag zwar rechtlich nicht eindeutig definiert sein, doch im Kern geht es um den Missbrauch von Macht und Vertrauen zu persönlichem Nutzen, der die Grundfesten des öffentlichen Lebens untergräbt.<sup>2</sup>

Gerade im Gemeindeumfeld, wo Entscheidungen oft unmittelbare Auswirkungen auf das tägliche Leben der Menschen haben, sind die Schäden durch Korruption besonders spürbar. Korruption führt nicht nur zu einem erheblichen Schaden der Allgemeinheit, sondern auch zu einem Vertrauensverlust der lokalen Politik und Verwaltung.<sup>3</sup>

Typische Anfälligkeiten für korruptive Praktiken in Gemeinden umfassen unter anderem die **Vergabe** öffentlicher Aufträge, die **Erteilung** von **Baugenehmigungen** oder die **Zuweisung** von **Fördermitteln**. Diese Bereiche sind aufgrund der hohen Entscheidungsdichte, der Beteiligung externer Akteure und der oft erheblichen finanziellen Volumina besonders anfällig für Korruption. Ein **unzureichendes Compliance-Management-System (CMS)** speziell für Anti-Korruption, ein mangelndes Bewusstsein für die Problematik sowie fehlende oder unzulängliche Schulungen und Verhaltenskodizes erhöhen das Risiko korruptiven Verhaltens.<sup>4</sup>

Dass Gesichtspunkte der Criminal Compliance in Gemeinden bisweilen (derzeit noch) zu kurz kommen, bestätigte kürzlich beispielsweise auch Univ.-Prof. Dr. Hubert Hinterhofer in Bezug auf den in der Praxis besonders wichtigen Straftatbestand des Amtsmissbrauchs (§ 302 StGB): „Bei Amtsmissbrauch gibt es das Phänomen, dass die Schärfe dieses Delikts bei Beamten und Bürgermeister\*innen nicht ganz bekannt ist, wie mir scheint. Wenn man in gewisse Vorgänge hineinschaut, ist ein Amtsmissbrauch vorliegend, für den es strafrechtliche Konsequenzen geben kann. Das Bewusstsein des Amtsmissbrauchs in seinem großen Umfang ist vielfach nicht vorhanden. Das halte ich für ein großes Problem.“<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Vgl. Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 2.567.

<sup>3</sup> Krakow/Larcher/Petsche/Zareie in Petsche/Mair (Hrsg), Handbuch Compliance<sup>3</sup> (2019) 205.

<sup>4</sup> Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 2.568; Ruhmannseder in Ruhmannseder/Wess, HB Corporate Compliance<sup>2</sup> (2022) Rz 9.67 f mwN; Dann in Busch et al, Antikorruptions-Compliance (2020) 852 ff.

<sup>5</sup> Anwalt aktuell 01/24, „Jetzt ist die Zeit für eine große Strafrechtsreform“ – Interview mit Univ.-Prof. Dr. Hubert Hinterhofer, abrufbar unter: <https://www.anwaltaktuell.at/ausgabe-01-24/jetzt-ist-die-zeit-f%C3%BCr-eine-gro%C3%9Ffe-strafrechtsreform/> (abgerufen am 23. 02. 2024).

Es ist entscheidend, dass Gemeinden ein **starkes und effektives CMS implementieren**, das speziell auf die Bekämpfung von Korruption ausgerichtet ist. Dies beinhaltet die Etablierung klarer Verhaltenskodizes, die regelmäßige Schulung der Mitarbeiter sowie die Einführung transparenter Verfahren bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und anderer entscheidungsintensiver Prozesse. Zugleich bedarf es klarer Handlungsanweisungen, wie im „Fall der Fälle“ also beim Verdacht einer strafbaren Handlung, vorzugehen ist.

### 2.1.2 Missbrauch der Amtsgewalt (§ 302 StGB)

Im zunehmenden Fokus juristischer und medialer Betrachtung steht der Missbrauch der Amtsgewalt nach § 302 Abs 1 StGB, auch bekannt als sogenannter „**Amtsmissbrauch**“. Dieses Delikt begeht ein **Beamter**, der mit dem Vorsatz, dadurch einen anderen an seinen Rechten zu schädigen, seine Befugnis, im Namen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder einer anderen Person des öffentlichen Rechts als deren Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, wissentlich missbraucht.

Dieses Delikt kann als Sonderdelikt ausschließlich von einem **Beamten** begangen werden. Der Begriff des Beamten ist in § 74 Abs 1 Z 4 StGB näher definiert und erstreckt sich auf *„Personen, die bestellt sind, im Namen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder einer anderen Person des öffentlichen Rechtes [...], als deren Organ allein oder gemeinsam mit einem anderen Rechtshandlungen vorzunehmen, oder sonst mit Aufgaben der Bundes-, Landes- oder Gemeindeverwaltung betraut sind [ . . . ]“*.

Der strafrechtliche Beamtenbegriff ist **funktional** zu verstehen und nicht auf die öffentlich-rechtliche dienstliche Stellung (etwa iSd BDG) beschränkt.<sup>6</sup> Neben dem Bürgermeister fallen auch die Mitglieder des Gemeinderates bei Ausübung einer Funktion im Namen und mit Willen des Rechtsträgers unter den Beamtenbegriff.<sup>7</sup>

#### 2.1.2.1 Hoheitsverwaltung und Befugnismissbrauch

Das Delikt des Amtsmissbrauchs erstreckt sich nur auf die **Hoheitsverwaltung**, weshalb es im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung nicht anwendbar ist.<sup>8</sup> In diesem Fall kommt jedoch eine Strafbarkeit nach einem Vermögensdelikt oder bei Bejahung einer Amtsträgereigenschaft eine Strafbarkeit wegen eines Korruptionsdelikts in Frage.

Die Hoheitsverwaltung umfasst jenen Bereich der Verwaltung, in dem der Staat (Gebietskörperschaften und sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts) dem Normunterworfenen im Verhältnis der Überordnung gegenübertritt und sich dabei hoheit-

<sup>6</sup> Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 2.573.

<sup>7</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0130524, zuletzt OGH 4. 6. 1996, 11 Os 21/15; OGH 14. 12. 2015, 17 Os 21/15i; Nordmeyer in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 14 (Stand 1. 11. 2019, rdb.at).

<sup>8</sup> Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 2.574; Zagler, SbgK StGB § 302 Rz 58; Messner in Birklbauer et al, PK-StGB § 302 StGB Rz 6.

licher Rechtsformen bedient.<sup>9</sup> Um im Rahmen der Hoheitsverwaltung zu handeln, muss die Handlung „**in Vollziehung der Gesetze**“ erfolgen, wobei der Befugnismissbrauch in der dem Staat zukommenden Befehls- und Zwangsgewalt liegt. Dies umfasst unter anderem die Erlassung von Urteilen, Bescheiden und Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt.<sup>10</sup>

Bei der Privatwirtschaftsverwaltung (nicht hoheitlichen Verwaltung) besteht hingegen zwischen dem Staat und anderen Rechtssubjekten grundsätzlich Gleichordnung und der Staat nutzt Rechtsformen, die auch den Rechtsunterworfenen zur Verfügung stehen.<sup>11</sup>

Amtsmissbrauch kann sowohl **durch aktives Tun als auch durch Unterlassen** (zB durch die Verletzung einer gesetzlichen Anzeigepflicht) begangen werden.<sup>12</sup>

Klassische Tathandlungen eines Amtsmissbrauchs wären etwa die gesetzwidrige Erteilungen einer Baubewilligung oder die Warnung einer Person vor einer baupolizeilichen Kontrolle.

Ein Amtsmissbrauch ist gekennzeichnet durch einen **Befugnismissbrauch** durch einen Beamten. Befugnis bedeutet rechtliches Dürfen.<sup>13</sup> Ein Beamter begeht einen Befugnismissbrauch, wenn er ein hoheitliches Amtsgeschäft, das er nach außen hin zwar vornehmen darf, wozu er aber im konkreten Fall intern nicht befugt ist, in Kenntnis dieser objektiven Rechtswidrigkeit vornimmt.<sup>14</sup> Um sich nach § 302 StGB strafbar zu machen, muss der Beamte seine Befugnis **wissentlich** missbrauchen.

Weitere Voraussetzung für die Strafbarkeit ist überdies ein **Schädigungsvorsatz**. Darunter versteht man den (bedingten)<sup>15</sup> Vorsatz des Beamten, einen anderen durch den Missbrauch seiner Befugnis an seinen Rechten zu schädigen. Dies kann durch die Verletzung konkreter Individualrechte natürlicher oder juristischer Personen, aber auch durch Rechte des Staates, wie das Recht auf die Erhaltung unbebauter Flächen<sup>16</sup>, erfolgen.<sup>17</sup>

In der Gemeindepraxis sind vor allem Bereiche wie **Baupolizei, Raumplanung, Verwaltungsstrafverfahren** und **Wahlen** von Bedeutung.<sup>18</sup>

Bei einer Verurteilung nach § 302 Abs 1 StGB droht eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Wer die Tat nach Abs 1 bei der Führung eines Amtsgeschäfts

<sup>9</sup> Nordmeyer in Höpfel/Ratz, WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 56 (Stand 1. 11. 2019, rdb.at).

<sup>10</sup> Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 2.574.

<sup>11</sup> Nordmeyer in Höpfel/Ratz, WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 56 (Stand 1. 11. 2019, rdb.at).

<sup>12</sup> Schmitt/McAllister in Wess (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht (2023) § 302 StGB Rz 41, 78; Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 2.576.

<sup>13</sup> Nordmeyer in Höpfel/Ratz, WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 54 ff (Stand 1. 11. 2019, rdb.at).

<sup>14</sup> Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 2.577; Nordmeyer in Höpfel/Ratz, WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 134 (Stand 1. 11. 2019, rdb.at).

<sup>15</sup> Nordmeyer in Höpfel/Ratz, WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 140 ff (Stand 1. 11. 2019, rdb.at).

<sup>16</sup> OGH 12. 6. 2017, 17 Os 2/17 y.

<sup>17</sup> Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 2.577; Schmitt/McAllister in Wess (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht (2023) § 302 StGB Rz 67; Nordmeyer in Höpfel/Ratz, WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 151 ff (Stand 1. 11. 2009, rdb.at).

<sup>18</sup> Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 2.574.

mit einer fremden Macht oder einer über- oder zwischenstaatlichen Einrichtung begeht, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen. Diese Strafdrohung gilt ebenfalls, wenn durch die Tat ein EUR 50.000,- übersteigender Schaden herbeiführt wird.

### **Beispiele:**

- ▶ Ein Bürgermeister vereinbart mit einem Unternehmer, dass ihm (für die ersten beiden Jahre) ein Kulturförderungsbeitrag gewährt und (ab dem dritten Jahr nach Eröffnung) die Lustbarkeitsabgabe<sup>19</sup> gestaffelt nach Besucherzahlen refundiert wird. Die Gemeinde **verzichtete** jedoch ab dem dritten Jahr fast zur Gänze darauf, die **Lustbarkeitsabgabe** überhaupt einzuhoben. Dieser Vertrag wurde vom Gemeindevorstand genehmigt. § 43 Abs 1 Stmk GemO sieht jedoch vor, dass der Gemeinderat zwingend von dieser Genehmigung zu befassen gewesen wäre, was der Bürgermeister jedoch unterließ. Die Nichteinhebung der Lustbarkeitsabgabe ist nicht mit der Gewährung einer Förderung gleichzusetzen. Diese Vorgehensweise kann einen wissentlichen Missbrauch der Befugnis des Bürgermeisters darstellen, wodurch der Gemeinderat in seinen Rechten geschädigt wurde. Der Bürgermeister hat sich nach § 302 Abs 1 StGB strafbar gemacht.<sup>20</sup> An dieser Stelle sei zu erwähnen, dass bei einer anderen Vorgangsweise des Bürgermeisters die Strafbarkeit wegen § 302 StGB vermieden worden wäre. Hätte der Bürgermeister nämlich den Betrag der Lustbarkeitsabgabe – für den gesamten Zeitraum – in Form einer Wirtschaftsförderung zurückerstattet und nicht, wie oben ausgeführt, ab dem dritten Jahr auf deren Einhebung verzichtet, würde ein Handeln im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung vorliegen, die einen Amtsmissbrauch nach § 302 StGB ausschließt. Davon unberührt bleibt die Frage, ob das Verhalten Untreue (§ 153 StGB) begründet.
- ▶ Ein Bürgermeister, der es als Baubehörde **unterlässt, Anzeige** wegen Verwaltungsübertretungen nach der entsprechenden Bauordnung eines Landes an die Bezirkshauptmannschaft **zu erstatten**, kann sich ebenfalls wegen Missbrauchs der Amtsgewalt strafbar machen.<sup>21</sup>
- ▶ Ein Mitglied des Gemeinderats oder der Bürgermeister, das/der es **unterlässt**, seine **Befangenheit offenzulegen** und gesetzlich vorgeschriebene Maßnahmen dadurch verhindert, kann sich nach § 302 Abs 1 StGB strafbar machen.<sup>22</sup>
- ▶ Wird einem Unternehmer eine **Baubewilligung** aus „gesundheitlichen Gründen“ **versagt** bzw aus diesem Grund die Einberufung einer Gemeinderats-

<sup>19</sup> Bei der Lustbarkeitsabgabe (auch „Vergnügungssteuer“) handelt es sich um eine Abgabe, die auf Bälle, Konzerte Kabaretts und eben auch Kinos eingehoben wird.

<sup>20</sup> Vgl OGH 19. 3. 2018, 17 Os 17/17 d.

<sup>21</sup> Vgl OGH 2. 10. 2012, 17 Os 8/12 y.

<sup>22</sup> Vgl OGH 12. 6. 2017, 17 Os 28/16 w.



sitzung verweigert, **obwohl alle Voraussetzungen erfüllt sind** und die Prüfung von Immissionsbeeinträchtigungen nicht in die Kompetenz dieser Person fällt, liegt ebenfalls ein Amtsmissbrauchs nach § 302 StGB vor.<sup>23</sup>

### 2.1.2.2 Flächenwidmungs- bzw Bebauungspläne

Tätigkeiten, in denen Gemeindemitglieder schnell Vorwürfen wegen Amtsmissbrauch ausgesetzt sein können, betreffen auch die Erlassung bzw Änderung von Flächenwidmungs- bzw Bebauungsplänen. Bei solchen handelt es sich um Verordnungen, die auf Basis der jeweiligen Raumordnungsgesetze des Landes zu erlassen sind. Ein Beamter tätigt ein missbräuchliches Amtsgeschäft durch Stimmabgabe für die Änderung des Flächenwidmungsplans, sofern dadurch die Verfassung, ein Gesetz oder ein übergeordneter Plan verletzt wird.<sup>24</sup>

Darüber hinaus haben Beamte das **allgemeine Sachlichkeitsgebot** einzuhalten; demnach darf kein Bürger bevorzugt werden. Die Erlassung bzw Änderung eines Flächenwidmungs- oder Bebauungsplans muss auf objektive Gründe zurückzuführen sein.<sup>25</sup> Er darf keinesfalls unsachlich differenzieren. Handeln im Ermessen des Beamten stellt hingegen keinen Amtsmissbrauch dar, sofern er sich innerhalb des Ermessensspielraums bewegt und keine unsachlichen Kriterien, wie etwa parteipolitische Motive, anwendet.<sup>26</sup>

**Gemeinderatsmitglieder** sind Beamte im strafrechtlichen Sinne und können daher unmittelbare Täter eines Amtsmissbrauchs sein. Wie bereits dargestellt, erfasst § 302 StGB nur ein Handeln „**in Vollziehung der Gesetze**“, wozu auch die „**schlichte Hoheitsverwaltung**“ gehört. Handeln im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung kann hingegen wie oben dargestellt nicht tatbildlich sein. Ein Beispiel für schlichte Hoheitsverwaltung wäre etwa die Buchführung eines Beamten im Rahmen des Voranschlags und Budgetvollzugs, da es nicht auf die einzelne Tätigkeit an sich – reine Buchführung wäre Privatwirtschaftsverwaltung – ankommt, sondern vielmehr auf den Voranschlag als Hoheitsakt und das Verfahren zur Gebärungsprüfung.<sup>27</sup>

**Umwidmungen** sind ebenso Hoheitsakte wie **Abstimmungen im Gemeinderat** zur Erlassung von Verordnungen.<sup>28</sup> Bei der Änderung des Flächenwidmungsplanes handelt es

<sup>23</sup> Vgl OGH 6. 12. 2016, 17 Os 23/16 k.

<sup>24</sup> *Katalan/Slamanig*, Public Compliance: Die Gemeinde im Visier der Strafverfolgungsbehörden (Teil I): Amtsmissbrauch bei Umwidmungen, RFG 2023/4 177 (179).

<sup>25</sup> *Katalan/Slamanig*, Public Compliance: Die Gemeinde im Visier der Strafverfolgungsbehörden (Teil I): Amtsmissbrauch bei Umwidmungen, RFG 2023/4 177 (177).

<sup>26</sup> *Katalan/Slamanig*, Public Compliance: Die Gemeinde im Visier der Strafverfolgungsbehörden (Teil I): Amtsmissbrauch bei Umwidmungen, RFG 2023/4 177 (179).

<sup>27</sup> *Katalan/Slamanig*, Public Compliance: Die Gemeinde im Visier der Strafverfolgungsbehörden (Teil I): Amtsmissbrauch bei Umwidmungen, RFG 2023/4 177 (179).

<sup>28</sup> *Katalan/Slamanig*, Public Compliance: Die Gemeinde im Visier der Strafverfolgungsbehörden (Teil I): Amtsmissbrauch bei Umwidmungen, RFG 2023/4 177 (179); *Schwaighofer*, Amtsmissbrauch durch Erlassung von (Pauschalierungs-)Verordnungen? ÖJZ 2014, 160 (164); *Wagner*, Mißbrauch der Amtsgewalt beim Erlassen einer Verordnung, ÖJZ 1987, 645; *Nordmeyer/Stricker in Höpfel/Ratz*, WK<sup>2</sup> StGB § 304 Rz 14 (Stand 3. 8. 2020, rdb.at); OGH 17 Os 21/15 i EvBl 2016/56, 372.

sich um eine **Verordnung**,<sup>29</sup> die als Angelegenheit der örtlichen Raumplanung in den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde fällt.<sup>30</sup>

Weitere Beispiele für einen Befugnismissbrauch sind etwa die **Erteilung einer Baubewilligung**, die dem Flächenwidmungsplan zuwiderläuft.<sup>31</sup> Ebenso stellt eine **positive Beschlussfassung ohne die Vornahme des vorgeschriebenen Verfahrens** einen Missbrauch der Befugnis dar.<sup>32</sup>

### 2.1.2.3 Offenlegung der Befangenheit

Besonders heikel wird es, wenn eine mögliche Befangenheit einer an der Beschlussfassung beteiligten Personen gegeben ist. Es ist empfehlenswert, eine allfällige **Befangenheit rasch offenzulegen**, sofern auch nur die **abstrakte Gefahr** besteht, dass eine solche vorliegen könnte.<sup>33</sup> Die Raumordnungen der Länder enthalten unterschiedliche Regelungen, wie im Falle einer Befangenheit zu verfahren ist.<sup>34</sup> Im Allgemeinen ist die Befangenheit dem zuständigen Kollegialorgan zu melden und der Befangene von sämtlichen Beratungen und Beschlussfassungen, die die gegenständliche Causa betreffen, auszuschließen.<sup>35</sup> Ist geplant, eine solche befangene Person in der Folge als Auskunftsperson zu vernehmen, so ist darüber ebenfalls ein gesonderter Beschluss zu fällen – ebenfalls unter Ausschluss derselben.<sup>36</sup> Von einer schriftlichen Erklärung, in der die Person erklärt, warum sie dennoch unvoreingenommen handeln kann, ist im Regelfall abzu-  
sehen, da dies eine Strafbarkeit nach § 302 StGB keinesfalls ausschließt.<sup>37</sup>

Im Allgemeinen können sich Gemeinderatsmitglieder an folgende Schritte halten:<sup>38</sup>

1. Durchführung einer Bestandsanalyse,
2. Beachtung der Ziele der jeweiligen Raumordnung,
3. Einhaltung von Verfahrensbestimmungen,
4. Ausschluss von befangenen Mitgliedern.

<sup>29</sup> *Dreier/Ulm*, Befangenheit von Gemeinderatsmitgliedern durch Einwendungen von Angehörigen im Flächenwidmungsänderungsverfahren nach dem Stmk ROG, RFG 2023/03, 121 (122); vgl VfGH 6. 10. 1960, B 158/60, VfSlg 3.788.

<sup>30</sup> *Dreier/Ulm*, Befangenheit von Gemeinderatsmitgliedern durch Einwendungen von Angehörigen im Flächenwidmungsänderungsverfahren nach dem Stmk ROG, RFG 2023/03, 121 (122); vgl VfGH 30. 9. 1989, V 6/89, VfSlg 12.169.

<sup>31</sup> OGH 13. 12. 2005, 11 Os 13/05 d.

<sup>32</sup> OGH 6. 7. 2011, 14 Os 67/11 a; 13. 12. 2011, 14 Os 117/11 d.

<sup>33</sup> *Katalan/Slamanig*, Public Compliance: Die Gemeinde im Visier der Strafverfolgungsbehörden (Teil I): Amtsmissbrauch bei Umwidmungen, RFG 2023/4 177 (180 f).

<sup>34</sup> Vgl § 20 WStV; § 50 NÖ GemO 1973; § 40 K-AGO; § 58 Stmk GemO; § 29 TGO.

<sup>35</sup> *Dreier/Ulm*, Befangenheit von Gemeinderatsmitgliedern durch Einwendungen von Angehörigen im Flächenwidmungsänderungsverfahren nach dem Stmk ROG, RFG 2023/03, 121 (122).

<sup>36</sup> *Katalan/Slamanig*, Public Compliance: Die Gemeinde im Visier der Strafverfolgungsbehörden (Teil I): Amtsmissbrauch bei Umwidmungen, RFG 2023/4 177 (181); *Dreier/Ulm*, Befangenheit von Gemeinderatsmitgliedern durch Einwendungen von Angehörigen im Flächenwidmungsänderungsverfahren nach dem Stmk ROG, RFG 2023/03, 121 (122).

<sup>37</sup> Vgl *Katalan/Slamanig*, Public Compliance: Die Gemeinde im Visier der Strafverfolgungsbehörden (Teil I): Amtsmissbrauch bei Umwidmungen, RFG 2023/4 177 (181).

<sup>38</sup> Vgl *Katalan/Slamanig*, Public Compliance: Die Gemeinde im Visier der Strafverfolgungsbehörden (Teil I): Amtsmissbrauch bei Umwidmungen, RFG 2023/4 177 (181).



### 2.1.3 Bestechlichkeit (§ 304 StGB)

Neben dem Amtsmissbrauch ist auch die Berücksichtigung der Korruptionsdelikte im öffentlichen Sektor (§§ 304 bis 308 StGB) insb für Gemeinden von entscheidender Bedeutung für die Integrität von Amtsträgern. Von zentraler Bedeutung ist hier der Straftatbestand der Bestechlichkeit nach § 304 StGB. Diese Bestimmung erfasst unter anderem **Amtsträger**, die im Zusammenhang mit einer Vornahme oder Unterlassung von **pflchtwidrigen** Amtsgeschäften Vorteile für sich oder Dritte fordern, annehmen oder sich versprechen lassen.

Die Strafbarkeit erstreckt sich seit dem **KorrStrÄG 2023**<sup>39</sup> auch auf **Kandidaten** für Ämter, die bereits im Vorfeld – noch vor ihrer tatsächlichen Amtseinführung – Vorteile für die pflchtwidrige Vornahme oder Unterlassung von Amtsgeschäften fordern, annehmen oder sich versprechen lassen. Hierbei ist zu beachten, dass die Strafbarkeit des Vorteilsfordernden davon abhängt, ob er letztendlich die Amtsträgerstellung erlangt.<sup>40</sup>

#### 2.1.3.1 Amtsträger

§ 304 StGB ist ein Sonderdelikt, da es nur von einem Amtsträger begangen werden kann. Die rechtliche Definition des **Amtsträgers** umfasst (unter anderem und soweit hier relevant) gemäß § 74 Abs 1 Z 4 a lit b StGB zusammengefasst Personen, die für den Bund, ein Land, einen Gemeindeverband, eine Gemeinde oder andere öffentlich-rechtliche Einrichtungen tätig sind. Dabei ist es entscheidend, dass die Person öffentliche Aufgaben im Bereich der Gesetzgebung, Verwaltung oder Justiz wahrnimmt.<sup>41</sup> Darüber hinaus muss der Amtsträger im Namen einer der genannten Rechtsträger aufgrund organschaftlicher Vertretungsmacht nach außen vertreten oder dort als Dienstnehmer gegen Entgelt unter Einbindung in die Organisationsstruktur beschäftigt sein.<sup>42</sup>

#### 2.1.3.2 Amtsgeschäft und Pflichtwidrigkeit

**Amtsgeschäfte** von Amtsträgern umfassen sämtliche rechtlichen Handlungen und faktische Tätigkeiten, die unmittelbar zur Erfüllung der Vollziehungsaufgaben eines Rechtsträgers dienen. Diese Aktivitäten sind wesentlicher Bestandteil des jeweiligen Amtsbetriebs und tragen dazu bei, die spezifischen Vollziehungsziele zu erreichen.<sup>43</sup> Diese Definition unterscheidet sich von § 302 StGB, der nur Amtsgeschäfte in Bezug auf die Hoheitsverwaltung abdeckt. Im Gegensatz dazu bezieht sich der Begriff „Amtsgeschäft“ gemäß den §§ 304 – 307 a StGB **sowohl auf die Hoheitsverwaltung als auch auf die Privatwirtschaftsverwaltung**.<sup>44</sup>

<sup>39</sup> 244/ME XXVII. GP 2; ErläutRV 2098 BlgNR XXVII. GP 1 ff.

<sup>40</sup> Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 2.580.

<sup>41</sup> Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 2.582.

<sup>42</sup> Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 2.582; Jerabek/Ropper in Höpfel/Ratz, WK<sup>2</sup> StGB § 74 Rz 19/2 (Stand 20. 1. 2021, rdb.at).

<sup>43</sup> Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 2.588; RIS-Justiz RS0095963; Nordmeyer/Stricker in Höpfel/Ratz, WK<sup>2</sup> StGB § 304 Rz 12 (Stand 3. 8. 2020, rdb.at).

<sup>44</sup> Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 2.588; RIS-Justiz RS0095954; Nordmeyer/Stricker in Höpfel/Ratz, WK<sup>2</sup> StGB § 304 Rz 13 (Stand 3. 8. 2020, rdb.at).

Innerhalb einer Gemeinde stellt beispielsweise die **Abstimmung im Gemeinderat** ein klassisches **Amtsgeschäft** innerhalb der Hoheitsverwaltung dar.<sup>45</sup> In der Privatwirtschaftsverwaltung sind sämtliche unternehmerische Tätigkeiten Amtsgeschäfte.<sup>46</sup>

Die Bestechlichkeit setzt eine **Pflichtwidrigkeit** des Amtsgeschäfts voraus, die sich aus der Verletzung konkreter gesetzlicher Bestimmungen, Dienstanweisungen oder anderen verbindlichen Vorgaben ergibt.<sup>47</sup> Auch Verhaltenskodizes können hierbei maßgeblich sein, sofern sie als verbindliche Weisungen zu verstehen sind.<sup>48</sup> Ebenfalls genügt bereits **jede Form der Parteilichkeit** bei Vornahme des Amtsgeschäftes für die Bejahung einer Pflichtwidrigkeit.<sup>49</sup>

### 2.1.3.3 Verknüpfung mit einem Vorteil

Ein wesentliches Element der Bestechlichkeit ist die **Verknüpfung** von **Vorteil** und **Amtsgeschäft**, wobei der Vorteil konkret für die Vornahme oder Unterlassung eines bestimmten (hier: pflichtwidrigen) Amtsgeschäfts gewährt wird. Die bloße Annahme eines Vorteils ohne Konnex zu einem Amtsgeschäft begründet keine gerichtlich strafbare Handlung iSd § 304 StGB.<sup>50</sup>

**Vorteile** iSd Korruptionsstrafrechts sind materielle und immaterielle Leistungen, die geeignet sind, eine Verbesserung der wirtschaftlichen, rechtlichen, gesellschaftlichen oder beruflichen Stellung herbeizuführen.<sup>51</sup> Ob dem Amtsträger selbst oder einem Dritten (etwa einem Familienangehörigen oder einer juristischen Person) der Vorteil gewährt wird, ist für die Strafbarkeit ohne Relevanz. Dritter kann auch die vom Amtsträger vertretene Behörde oder Dienststelle sein, deren Genehmigung keine rechtfertigende Wirkung zukommt.<sup>52</sup>

**Materielle Vorteile** sind alle Vorteile, die das Vermögen objektiv messbar vermehren, wie bspw Geld, kostenlose oder besonders günstig erbrachte Dienstleistungen, bezahlte Reisen, Eintrittskarten für sportliche oder kulturelle Veranstaltungen oder die Reduktion von Verbindlichkeiten des Amtsträgers.<sup>53</sup>

**Immaterielle Vorteile** sind bspw gesellschaftliche oder berufliche Besserstellungen, also zB die Förderung einer Karriere oder die Unterstützung eines Bewerbungsgesuchs.<sup>54</sup>

<sup>45</sup> OGH 14. 12. 2015, 17 Os 21/15 i.

<sup>46</sup> Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 2.589.

<sup>47</sup> Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 2.590; Nordmeyer/Stricker in Höpfel/Ratz, WK<sup>2</sup> StGB § 304 Rz 25 (Stand 3. 8. 2020, rdb.at).

<sup>48</sup> Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 2.590; Kucsko-Stadlmayer, Korruptionsstrafrecht und Dienstrecht, JBI 2009, 742 (744); Nordmeyer/Stricker in Höpfel/Ratz, WK<sup>2</sup> StGB § 304 Rz 26 (Stand 3. 8. 2020, rdb.at).

<sup>49</sup> Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 2.590; Nordmeyer/Stricker in Höpfel/Ratz, WK<sup>2</sup> StGB § 304 Rz 30 (Stand 3. 8. 2020, rdb.at); RIS-Justiz RS0096116.

<sup>50</sup> Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 2.590; OGH 26. 02. 2019, 17 Os 8/18 g; vgl Schönborn, Aktive Korruption als Untreue? ZWF 5/2019, 174 (174) mwN.

<sup>51</sup> OGH 06. 06. 2016, 17 Os 8/16 d; RIS-Justiz RS0130815.

<sup>52</sup> Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 2.591 mwN.

<sup>53</sup> Nordmeyer/Stricker in Höpfel/Ratz, WK<sup>2</sup> StGB § 304 Rz 36 mwN (Stand WK<sup>2</sup> StGB § 304 Rz 36 mwN (Stand 3. 8. 2020, rdb.at).

<sup>54</sup> Nordmeyer/Stricker in Höpfel/Ratz, WK<sup>2</sup> StGB § 304 Rz 38 mwN (Stand 3. 8. 2020, rdb.at).